

Aplicação do Código Civil nas relações administrativas

João Batista Gomes Moreira*

Agradeço ao Professor Flávio Henrique Unes Pereira, ilustre fundador e presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal, a gentileza do convite para participar deste memorável congresso de Direito Administrativo destinado a discutir o *Direito Administrativo e a interlocução com os demais ramos do Direito*. Nada mais apropriado para um tempo em que se busca, na teoria, substituir pela interdisciplinaridade a extrema especialização preconizada pelo racionalismo jurídico e, na prática, com a horizontalidade democrática das relações, superar, ao mesmo tempo, o patrimonialismo e o autoritarismo da administração.

Há um poema de Fernando Pessoa – *Aniversário* – que começa assim: “No tempo em que festejavam o dia dos meus anos, eu era feliz e ninguém estava morto”. Nos últimos congressos de Direito Administrativo, tem tido presença constante a saudade traduzida nesse poema e a “raiva de não ter trazido o passado roubado na algibeira!...” Minha reverência a Marcos Juruena Villela Souto e a Carlos Pinto Coelho Mota, este, que deveria estar fazendo parte da próxima série de painéis.

Não tivemos oportunidade, eu e meus colegas de painel, de estabelecer previamente distribuição dos enfoques sobre o tema, de modo que há o risco de alguma superposição ou omissão, o que espero não venha a prejudicar tanto o aproveitamento, nosso e de nosso ilustrado auditório.

Como sempre digo nestas ocasiões, a separação entre a mesa de trabalhos e o auditório é meramente instrumental. Bem a propósito do tema “aplicação do Código Civil nas relações administrativas”, peço que considerem como se aqui estivessemos – expositores e auditório – em uma mesa horizontalmente redonda.

1 Código Civil e relações administrativas

O Código Civil traz algumas normas que são, na verdade, normas gerais de Direito, como o são as normas de sua lei de introdução, e algumas normas específicas de Direito Administrativo, de que são representativas as constantes do Livro II, Capítulo III – Dos Bens Públicos. Nesses dois casos, a aplicação às relações administrativas não sofre qualquer restrição.

É objeto do presente estudo a aplicação, às relações administrativas, das normas típicas de Direito Civil, não daquelas.

A delimitação das *relações administrativas* implica delimitar *administração*, o que será feito pelos critérios material, orgânico ou subjetivo e formal ou do regime jurídico.

1.1 Administração pelo critério material (residual)

No Estado absolutista, o soberano concentrava, sem distinção, as três clássicas funções – legislação, administração e jurisdição. Na evolução para o Estado de Direito, foram paulatinamente retiradas do poder real e atribuídas a órgãos independentes a legislação – criação de normas gerais e abstratas – e a jurisdição – resolução concreta de conflitos individuais. O que permaneceu na esfera do poder real constitui, no Estado de Direito, a atividade tipicamente administrativa.

É administração tudo que não seja legislação nem jurisdição. Deve ser acrescentado que *legislação* e *jurisdição* são apenas o produto, o resultado essencial, das funções legislativa e jurisdicional, pois as atividades-meio dessas duas funções também ostentam natureza administrativa. Daí concluir-se que o Decreto-Lei 200/1967 disse menos do que deveria ao estabelecer que a administração direta era composta pela presidência da República e ministérios, o que, certa feita, deu origem a polêmica sobre se determinada gratificação, instituída para os servidores da *Administração Direta*, seria extensível aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário.

À luz do critério residual, são, portanto, administrativas as atividades-meio das três funções básicas do Estado e, além disso, são administrativas no pleno sentido da designação as atividades-fim da função executiva, com exceção aqui apenas do resultado final das atividades políticas ou de governo. Uma das mais importantes atividades-meio da função executiva é a tributação. As atividades-fim da mesma função podem ser resumidas em intervenção na propriedade e no domínio econômico¹ e social, polícia administrativa,

*Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹ As formas de intervenção econômica são classificadas em: a) *atuação na economia*, quando o Estado assume o papel de sujeito da atividade econômica, seja em regime de monopólio, seja em regime de concorrência; b) *atuação sobre a economia*, que se dá sob a forma de direção compulsória (controle, fiscalização, restrição à liberdade

serviço público e regulação. Em certos casos a regulação – ex.: quando se traduz em atividade de polícia –, confunde-se com aquelas demais atividades administrativas, mas por motivo técnico, nos últimos tempos, passou a formar núcleo distinto.

Dessa genérica conclusão deve ser destacado que a jurisdição, conquanto destinada, em caráter final, à preservação da ordem jurídica, sob uma perspectiva imediata, ou seja, nas respostas dadas aos casos individuais, pode ser considerada serviço público. Concorde com a natureza de serviço público, atribuída à atividade judiciária, o fato de dar origem à cobrança de taxa, que é tributo pela prestação de serviço público específico e divisível. É também administrativa a atividade de investigação, por meio de comissões parlamentares de inquérito, empreendida na estrutura da função legislativa.

O critério residual para definir a administração é a fórmula tradicional do direito austríaco-alemão. Justifica-se historicamente porque

la justicia y la legislación van recorriendo paulatinamente el camino de la independización, arrancando de manos del monarca absoluto competencias que antes le eran propias, y justamente lo que queda em poder de aquél, una vez realizadas las sustracciones de competencia antedichas, constituye como remanente residual la función administrativa.²

Diz, da mesma forma, Otto Mayer que a atividade total do Estado compreendia, originariamente, legislação, administração e jurisdição. Essas funções, no curso da história, vieram a se separar. Ficou para a administração toda atividade que não seja nem justiça nem legislação, “por conseguinte, esta noción parece estar delimitada negativamente: administración debe ser toda actividad del Estado que no es legislación ni justicia”. De outra parte, nem tudo que o Estado possa fazer fora da legislação e da justiça é administração, pois permaneceu como governo uma atividade auxiliar de Direito Constitucional.³

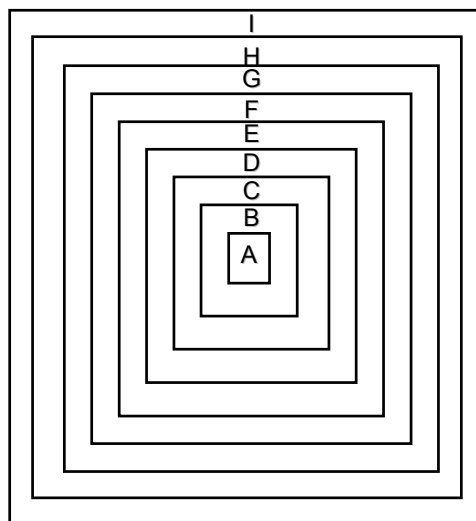
Alguns autores criticam o critério residual ou negativo, que consideram cientificamente inaceitável, apesar de admitirem dificuldade de delimitar a

atividade materialmente administrativa por outro critério, devido a sua variedade e fragmentação.

1.2 Administração pelo critério orgânico ou subjetivo

A Administração Pública brasileira foi, há pouco tempo, objeto de reexame por uma comissão de notáveis juristas (Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro) designados “para propor uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e das suas relações com entes de colaboração”. A proposta de reforma é tema de uma série de painéis deste Congresso. Enquanto não concretizadas as mudanças propostas, a estrutura de nossa administração, nos três níveis, com as devidas adaptações, pode ser assim representada:

A administração direta estende-se pelas três funções estatais, enquanto que a indireta é forma de descentralização da atividades-fim,



A = Administração direta ou centralizada (pessoas jurídicas constitucionais)

B = Entidades autárquicas

C = Empresas e fundações públicas

D = Empresas mistas (e subsidiárias)

E = Concessionárias de serviço público

F = Permissionárias de serviço público

G = Delegatários de serviços notariais e de registro (art. 236 da CF)

H = Empresas privadas contratadas ou conveniadas para participar do Sistema Único de Saúde (art. 199, § 1º, da CF)

I = Participação no terceiro setor.

de contrato, imposição de obrigações positivas e repressão de infrações à ordem econômica) ou de indução (estímulo, fomento e incentivo) (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 175).

² DROMI, José Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1983, p. 161.

³ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. I, p. 4, 10-11.

predominantemente, do Poder Executivo. Diz-se *predominantemente* porque há resíduos de atividade-fim administrativa na estrutura das duas outras funções, como é o caso dos serviços notariais, que estão vinculados à função judiciária.

Em antiga lição, contrariamente ao que foi previsto no Decreto-Lei 200/1967, opinou Celso Antônio Bandeira de Mello que deveriam ser consideradas administração indireta apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Fora estariam as empresas públicas e sociedades mistas destinadas a atividade econômica *stricto sensu*. Pelo mesmo critério, haveria inserção, na administração, das concessionárias e permissionárias de serviço público.

Mas evoluiu o pensamento do mestre singular, conforme posição reafirmada (já manifestada em artigo intitulado *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas*)⁴ em conferência de encerramento do V Congresso Sul-Americano de Direito Administrativo (realizado em Foz do Iguaçu/PR, novembro/2001), sob o título *Regime Jurídico Público e Privado na Administração Pública: Pontos de Aproximação e Afastamento*. Nessas ocasiões, sem distinção, concluiu que existe um abismo profundo entre as entidades administrativas e as demais pessoas jurídicas de direito privado. Sejam elas dedicadas à prestação de serviço público ou desenvolvimento de atividade econômica *stricto sensu*, mantêm a qualidade de instrumentos de ação do poder público e, portanto, a personalidade de direito privado, que lhes seja infundida, é uma característica accidental. É apenas um meio, que não pode preponderar sobre a finalidade pública ou comprometer a aplicação de recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas. A personalidade privada, atribuída por lei, não tem o efeito de desgarrar tais entidades da órbita do poder público.

De fato, não há razão para deixar fora do alcance da Administração Pública, seja sob o aspecto orgânico, seja pelo critério objetivo, as atividades econômicas (*stricto sensu*) do Estado, fundadas que estão em imperativos da segurança nacional ou em relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição), vale dizer, também fundadas no interesse da sociedade, ainda

que considerado de menor relevância que o atendido pelos serviços públicos. Isto, sem contar que

há um tipo de situação interessante: é aquela, por exemplo, do Banco do Brasil, que é companhia mista e exploradora de atividade econômica, mas que exerce algumas atribuições delegadas, alguns serviços públicos.⁵

A propósito, entendeu o extinto Tribunal Federal de Recursos que “quando o Banco do Brasil exerceu atividade de fiscalização das operações cambiais o fez por delegação da União; deste modo, a responsabilidade civil por prejuízo que, eventualmente, tenha causado a terceiro no exercício dessa atividade é da União (DJ de 23/04/1987).⁶

O art. 173, §1º, da Constituição prevê que

[...] a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Há que se levar em conta que a finalidade desse dispositivo é a preservação do princípio da livre iniciativa, declarado desde o art. 1º da Constituição (inciso IV). Em face dele, não é lícito atribuir às empresas estatais, econômicas *stricto sensu*, qualquer privilégio que prejudique a livre concorrência, mas não há impedimento a que lhes sejam impostas restrições ditas pela finalidade pública.

É por isso que a própria Constituição não faz distinção entre empresas de serviço público e econômicas em sentido estrito, nos seguintes pontos: a) legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (art. 5º, LXXIII); b) licitação com observância dos princípios da Administração Pública (art. 22, XXVII, 37, XXI, e 173, §1º, III); c) obrigatoriedade de prestação de contas da Administração Pública, direta e indireta, sob pena de intervenção nos Estados e Municípios (art. 34, VII, d); d) atenção aos princípios gerais — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência — e específicos — isonomia no acesso a cargos, empregos e funções; concurso público, ressalvadas a nomeação para cargo em comissão; proibição de

⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas*. *Revista de Direito Público*, 71, p. 111-117, 1984.

⁵FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, v. III, p. 333.

⁶FERREIRA, loc. cit.

acumular cargos, empregos e funções; autorização legal para criação, inclusive de subsidiárias, e para participação em empresa privada — da Administração Pública (art. 37, *caput* e I, II, XVII e XIX); e) fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); f) limites globais e condições, fixados pelo Senado Federal, para operações de crédito externo (art. 52, VII); g) impedimentos a deputados e senadores (art. 54, I); h) controle externo pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, e interno pelo Poder Executivo (art. 70, *caput* e *parágrafo único*, 71, II, III e V, e 74); i) competência da Justiça Federal e da Polícia Federal em relação às empresas públicas (art. 109, I e IV, e 144, §1º, I); j) disciplina, por lei complementar, da dívida pública externa e interna (art. 163, II); l) depósito das disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais (art. 164, §3º); m) inclusão do orçamento fiscal e do orçamento de investimento na lei orçamentária anual e disciplina, por lei complementar, da gestão financeira e patrimonial (art. 165, §5º, II e III, e §9º, II); n) vedação do aporte de recursos a entidade de previdência privada, salvo na qualidade de patrocinador e disciplina, em lei complementar, das relações com suas respectivas entidades fechadas de previdência privada (art. 202, §§3º e 4º); o) anistia aos servidores públicos atingidos por atos de exceção, com motivação exclusivamente política (art. 8º, §5º, do ADCT).

1.3 Administração pelo critério formal ou do regime jurídico

Inicialmente, tinha-se que a nota predominante do regime jurídico administrativo era a presença das prerrogativas de poder. Tal orientação predominou, particularmente, junto com a concepção de *puissance publique* (Maurice Hauriou) como característica essencial da administração. A noção-chave do Direito Administrativo estaria na necessidade de que a gestão pública fosse dotada de um poder especial. Haveria uma natural desigualdade (verticalidade) entre a administração e os *administrados*, termo este, por incrível que pareça, ainda hoje empregado pela democrática lei brasileira de processo administrativo.

Em certo momento, chegou-se à conclusão que a essência do regime jurídico administrativo não pode ser constituída apenas pela supremacia de poder. Há situações em que o Poder Público coloca-se em posição desigual em relação às pessoas privadas não só em função de prerrogativas, mas também de restrições especiais, como a exigência de licitação em suas contratações. Isto levou Jean Rivero a afirmar que

[...] as normas de direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja

porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.⁷

Esse aditamento não foi, porém, suficiente para salvar a concepção clássica do Direito Administrativo, a essa altura abalada também pelo fato de a administração ter passado a executar serviços comerciais e industriais, mediante o emprego de métodos do direito civil. Em contrapartida, aconteceu de entidades privadas receberem diretamente da lei *poder regulamentar* e *tarefas intervencionistas*, do que é exemplo a ocorrência de poder regulamentar exercido por organismos profissionais.⁸ Atenuou-se a diferença, quanto aos processos empregados, entre atividades públicas e privadas, ensejando que, em certos casos, pessoas privadas fossem dotadas de prerrogativas de poder público.⁹

Chegou-se a pensar que o Direito Administrativo não teria mais território próprio. Estaria fadado à extinção. Na tentativa de conciliar a realidade com a concepção dicotômica (Direito Público e Direito Privado), idealizou-se a figura do *regime jurídico híbrido*, que seria formado por regras e princípios dos dois campos entrelaçados. Tal regime jurídico

[...] justapõe, em consequência da combinação de elementos públicos e privados, regras de direito administrativo e regras de direito privado e, por conseguinte, os litígios relacionados com uma tal instituição vão ser da competência ou dos tribunais judiciários ou da jurisdição administrativa, conforme o assunto a que dizem respeito. [...] Existe aqui, não uma confusão, mas pelo menos uma interpenetração, uma imbricação.¹⁰

Não haveria, assim, uma média, uma mistura homogênea, abstratamente considerada, mas uma convivência de relações concretas que se regem umas pelo direito público e outras pelo direito privado. Nessa linha, Miguel Seabra Fagundes reporta-se à opinião de Ranelletti para considerar que são administrativos os atos que o concessionário de serviço público pratique no exercício de *poder de império* — exemplo: arrecadação de tributos, atividade de polícia etc.¹¹ —,

⁷ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42.

⁸ LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 80, 420.

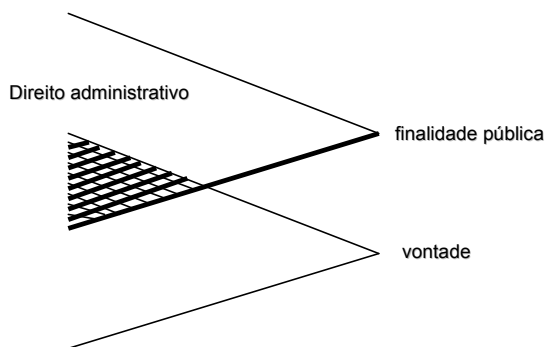
⁹ RIVERO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 25.

¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 34.

logo, *a contrario sensu*, os atos de outra natureza reger-se-iam pelo Direito Civil.

Numa noção simplificada, pode-se dizer que no Direito Civil e, portanto, no Código Civil o traço predominante é a prevalência da vontade das pessoas, enquanto que o Direito Administrativo é orientado pela finalidade pública. Mas há situações em que a regra de Direito Civil pode ser instrumentalmente aplicada com finalidade pública. Aliás, essa prática é cada vez mais recorrente na chamada *administração pactuada ou concertada*, em que a finalidade pública é perseguida por meios consensuais aplicados nas relações da administração com a sociedade, assim:



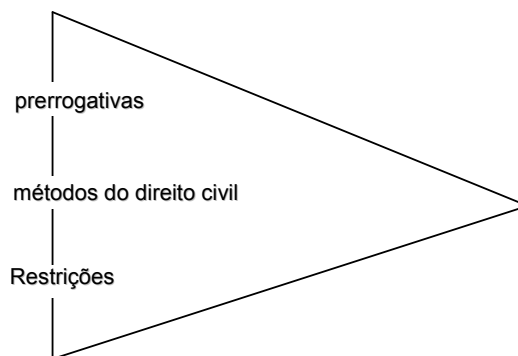
As tendências da administração para o uso preferencial de processos convencionais (contratuais) e recurso a pessoas privadas como auxiliares em suas tarefas leva a que muitas vezes se fale em tendência para a *privatização*, “mas esta privatização é apenas uma tomada de empréstimo de um método, uma inspiração”.¹² É o caso de atividade intervencionista desempenhada por meio de atos *comerciais*: “É comprando, vendendo, fazendo contratos que agem estes organismos. Daí resulta um certo equívoco, pois esta actividade comercial não tem na realidade um fim comercial mas um fim dirigista que noutros tempos o Estado teria cumprido por meio de acção unilateral”.¹³

Exemplo brasileiro que bem ilustra essa situação é o da Companhia Nacional de Abastecimento, que desempenha serviço público de *organização do abastecimento alimentar* – art. 23, VIII, da Constituição – praticando atos, isoladamente considerados, de natureza comercial.

O Código Civil de 2002 estabeleceu (art. 99, parágrafo único) que, “não dispondo a lei em contrário,

consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”. Fala-se, portanto, em *pessoa jurídica de direito público com estrutura de direito privado*. Enquadram-se nessa situação as empresas públicas, qualificadas como pessoas jurídicas de direito privado, naturalmente que apenas na estrutura. Aliás, no caso das empresas públicas, melhor seria ignorar a dicotomia *público* e *privado* para denominá-las, simplesmente, *empresas administrativas*.

Na administração, as prerrogativas de poder e as restrições especiais, assim como os métodos do direito civil, estão a serviço da finalidade pública. A finalidade pública é o norte pelo qual devem ser orientados e qualificados os meios, submetida essa operação ao princípio da proporcionalidade. Inexistentes os fatores alegados como determinantes ou não havendo correlação adequada entre tais fatores e uma finalidade pública relevante, é indevido o emprego de prerrogativas ou a submissão da administração a restrições especiais.



O raciocínio vale, sim, também para a hipótese de limitações discriminatórias, em que se inclui, exemplificativamente, a exigência de licitação ou de concurso público em situações que impeçam ou dificultem sobremaneira a eficiência, como acontece, em certos pontos, com a atual lei brasileira de licitações.¹⁴ É desproporcional a exigência de licitação na atividade-fim de empresas estatais dedicadas a atividades mercantis, e essas empresas podem dispor de maior liberdade para contratar diretamente seus

¹² LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 116.

¹³ LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 416.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 30.

empregados, nas hipóteses em que o concurso dificulta o recrutamento de profissionais especializados.¹⁵

Quanto às prerrogativas, deve-se registrar que o *poder de império* não é uma nota de desigualdade natural do Estado em relação à sociedade, a depender exclusivamente da vontade do legislador para se estabelecer. Mesmo a legislação está sujeita a controle constitucional de proporcionalidade. Assim, uma lei que crie prerrogativas para a administração só se deve manter aplicável enquanto presentes os fatores reais e a finalidade que determinaram sua edição. Não existe *relação especial de sujeição*, no singular, isolada da finalidade, mas *relações especiais de poder-dever* ou “*intervenciones que son exigidas objetivamente por la finalidad de la institución o por una situación dada*”.¹⁶

Ao ser examinado o critério formal ou do regime jurídico esclarece-se, já, de forma ampla, a questão da aplicação do Código Civil às relações administrativas. Ainda que se fale de *vontade* na administração, esta é uma vontade impessoal e deve ser sempre motivada, como acontece nas escolhas discricionárias, na determinação de conceitos e nas opções interpretativas, dentro da moldura de razoabilidade. Por outro lado, as normas, estritamente, de Direito Civil também podem sofrer o influxo da finalidade pública mesmo nas relações privadas. A questão é de predominância do fator finalístico ou volitivo, conforme o caso.

2 Código Civil e relações administrativas específicas

Noutra visão, há duas formas de pensar a aplicação do Código Civil às relações administrativas. Para os que, aplicando critério cronológico, entendem ser o milenar Direito Civil a matriz de todos os ramos do Direito, com exclusão apenas do Direito Penal, ocorreria sempre aplicação subsidiária de suas normas às relações travadas nos campos especializados.

Para os demais, especialmente depois do fenômeno da constitucionalização, deve-se considerar que as categorias jurídicas são ideias puras. Não

pertencem a este ou àquele campo.¹⁷ Quando se fala, por exemplo, de *contrato*, está-se referindo a um conceito da teoria geral do Direito, a uma *categoria jurídica*, matéria-prima que dá origem ao instituto peculiar a cada disciplina: contrato civil, comercial, trabalhista ou administrativo. A aplicação de normas de um campo a outro, quando ocorre, faz-se analógica ou extensivamente, sem precedência ou hierarquia. Hierarquia e precedência, só das normas constitucionais.

Independentemente de um ou outro enfoque, pontos de contato entre o regime jurídico administrativo e o regime de Direito Civil ocorre, com maior frequência, nos capítulos relativos aos bens públicos, contratos e responsabilidade civil.

2.1 Propriedade pública

São distintas as relações de *propriedade*, *stricto sensu*, e de *administração*. A chamada *propriedade pública* não é apenas adaptação para o Direito Administrativo da *propriedade* regida pelo Direito Civil. *Administração* exprime relação diferente de *propriedade*, designando, justamente, a atividade do que não é proprietário, isto é, do que não tem a disposição da coisa administrada. Disse Ruy Cirne Lima:

[...] opõe-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir. [Há relação de administração (diferente também da relação de mandato)] quando a finalidade, que a atividade se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”, como a administração paterna dos bens dos filhos, a administração da sociedade civil e a administração do bem de família.¹⁸ Todos os bens públicos, incluídos os dominicais, devem ser vistos sob o prisma de que sobre eles “não prepondera o domínio da vontade particular, em si mesma, devendo valer o primado finalístico dos princípios de direito administrativo.”¹⁹

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35.

¹⁶ ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración*. *Revista de Administración Pública*. Madrid, 34, p. 11-50, ene./abr. 1961, p. 24–25–50.

¹⁷ Cf. CRETELLA JR., José. As Categorias Jurídicas e o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 85, 1966, p. 13-14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 234.

¹⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 20, 55.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73.

A relação de administração pública, contraposta à de propriedade, revela-se nítida nos bens de uso comum do povo: “na propriedade, cabe ao proprietário a faculdade de excluir; no domínio público, quanto aos bens de uso comum, ao utente, a pretensão de não ser excluído”.²⁰ Não nega Ruy Cirne Lima, todavia, pontos de contato entre a relação de administração e a de propriedade. A relação de direito subjetivo (propriedade) convive com a relação de administração, mas é secundária a esta, à qual se deve conformar.

Mesmo os bens dominicais ou do patrimônio fiscal estão, mediata e potencialmente, vinculados à finalidade pública, justificando-se, por isso, sua submissão ao regime administrativo. Esses bens estão momentaneamente desativados, mas não é razoável pretender que a administração não possua reservas. Ao contrário, como em qualquer empreendimento, é necessário que as tenha principalmente para fazer face a situações imprevisíveis. Pode-se considerar que as reservas estão afetadas a uma finalidade que lhes é inerente.

A finalidade pública a que se destinam justifica a instituição, em regra, de prerrogativas e restrições instrumentais (proporcionais) dos bens públicos, entre as quais, sempre citadas, a impenhorabilidade, a imprescritibilidade, a indisponibilidade e a autotutela.

2.2 Contrato da Administração

Prevalece tradicionalmente a concepção de que existem na Administração duas espécies de contratos: a) contratos privados da Administração ou, simplesmente, *contratos da administração* e b) *contratos administrativos*. É comumente ensinado que, instituto típico de Direito Privado, o contrato é utilizado pela Administração na sua pureza originária (contratos privados) ou com adaptações necessárias aos negócios públicos, sendo estes os contratos administrativos propriamente ditos.²¹ O contrato é tratado como instituto peculiar ao Direito Civil, tomado por empréstimo pelo Direito Administrativo em forma pura (contrato da administração) ou com absorção das prerrogativas de poder e restrições especiais (contrato administrativo).

Propõe-se que não há a cogitada dicotomia. Na prática administrativa, as figuras contratuais, em rela-

ção às prerrogativas de poder (traduzidas em cláusulas exorbitantes) e restrições especiais, podem assumir diversos graus, dependendo da relevância e necessidade dessas cláusulas (princípio da proporcionalidade) para atingir a finalidade pública. Além disso, afirma-se que todos os contratos celebrados com a administração estão orientados pela finalidade pública, sendo esta a característica que os transforma, todos, em contratos administrativos e os distingue dos contratos essencialmente de direito civil, comercial ou trabalhista. A nota principal do regime contratual da Administração é a finalidade pública, o que não elimina, mas coloca em segundo plano, efetivamente como meios, as prerrogativas e restrições especiais, assim como os métodos do Direito comum.

O regime dos contratos celebrados pela Administração é modulado em diversos graus, não se podendo falar, nesses domínios, em contratos estritamente de direito privado. Mesmo em seu ponto extremo, a contratação pela Administração submete-se a regras próprias, como as relativas a competência, procedimento, habilitação prévia, formação interna da vontade administrativa, exigência de créditos nos orçamentos gerais, fiscalização da operação financeira, formalização etc.²² Da mesma tese participa Miguel Seabra Fagundes: “O contrato com a Administração Pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico se comparado com o entre particulares”.²³ Mesmo que haja coincidência entre a *vontade* da Administração e a do particular (atos negociais), o que conta para a administração, sob pena de desvio ilícito, é a finalidade pública, ainda que consistente na simples exploração do patrimônio, (cuja ociosidade é antissocial), na promoção de comodidades para o público ou na produção de renda para atender a outros fins. O interesse econômico do particular é subsidiário da finalidade pública.

Na jurisprudência, é ilustrativa a decisão, pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, da AMS 110.574-DF, DJ 24/09/1987, em que ficou assentado ser possível, no resguardo do interesse público, rescisão unilateral do contrato administrativo atípico. Em seu voto, como relator, assim se manifestou o Min. Costa Leite:

Concordo com a alegação da impetrante de que se está diante de um contrato administrativo

²⁰ LIMA, *op. cit.*, p. 78.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 194.

²² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 604.

²³ FAGUNDES, Miguel Seabra, *op. cit.*, p. 182.

atípico, porquanto a prestação de serviços que constitui seu objeto não guarda relação com atividade específica da Administração. Não se pode supor, no entanto, que o Poder Público, *in casu*, se despe das suas prerrogativas. Conquanto tal tipo de contrato seja disciplinado pelo Direito Privado, sujeita-se aos temperamentos do Direito Público, usando-se da feliz expressão de Almiro do Couto e Silva. E nem poderia ser diferente. Como ensina Hely, é inadmissível que a Administração realize qualquer ato ou contrato sem finalidade pública ou contra o interesse público.

2.3 Responsabilidade civil

A responsabilidade objetiva não é exclusiva do Estado. A distinção da responsabilidade do Estado por danos, quanto ao caráter de objetividade, em relação ao setor privado, é questão apenas de predominância. Não há qualquer diferença, por exemplo, nas áreas de transportes, energia, atividades potencialmente danosas ao meio ambiente e direitos do consumidor, em que também no setor privado aplica-se o critério da responsabilidade objetiva. No Código Civil de 2002 foi estabelecido que

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, parágrafo único).

Por seu lado, na administração há hipóteses, embora raras, de responsabilidade dependente de culpa ou de falta do serviço (danos ocorridos no desempenho das chamadas obrigações de meio; responsabilidade suplementar por acidente de trabalho – art. 7º, XXVIII -, que, por disposição expressa da Constituição, requer a demonstração de culpa).

A especificidade da responsabilidade civil do Estado está menos no caráter objetivo (que, como visto, é comum, em muitos casos, ao setor privado e nem sempre está presente na responsabilidade estatal) que no fato de as indenizações serem pagas com o patrimônio de todo o povo, o que, em vez de diminuir, como exceção da hipótese de hipossuficiência da vítima (Cf. art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990), aumenta as exigências probatórias a cargo de quem reivindica indenização.

O patrimônio público é relativamente indisponível. Este princípio – encartado no princípio da *indisponibilidade do interesse público* –, no sistema brasileiro, afasta a presunção de verdade dos fatos contra o revel, faz dilatar em favor das pessoas jurídicas públicas os prazos processuais, dificulta a

conciliação, impede a penhora de bens, determina remessa obrigatória do processo à segunda instância e condiciona os pagamentos feitos pela Fazenda Pública, em virtude de decisões judiciais, aos precatórios. Abstraida a questão da necessidade e proporcionalidade dessas prerrogativas, nenhuma delas está afastada na hipótese de ação de indenização movida contra o Estado.

3 Estudo de caso

Apresenta-se, para finalizar, estudo de caso que bem ilustra a utilização, nas relações administrativas, de instrumento típico do Código Civil.

Por muito tempo prevaleceu o entendimento de que as relações do Sistema Financeiro da Habitação, sustentado com recursos públicos ou quase-públicos, cuja operação está a cargo da Caixa Econômica Federal, envolviam quatro espécies de contratos: compra e venda de imóvel, mútuo, seguro e hipoteca.

Ocorria que o valor do imóvel, em razão da depreciação, evoluía de forma inversamente proporcional ao do saldo devedor do mútuo (financiamento), este alimentado pela correção monetária e juros.

O agente financeiro não estava autorizado a fazer acordo para ajustar o valor do bem ao do saldo devedor, sob o argumento de que totalmente distintos os contratos de compra e venda e de mútuo. Executava o saldo devedor, adjudicava o imóvel hipotecado pelo valor da dívida e depois o revendia por preço, quase sempre, muito inferior ao daquele saldo. Com isto, sob a alegação de indisponibilidade do interesse público, havia prejuízo, ao mesmo tempo, para o SFH – que recuperava menos do que poderia obter mediante transação com o mutuário – e para o mutuário – que perdia a moradia da família, voltando a integrar o grupo dos *sem-tetos*.

A situação prevaleceu até que se chegou à conclusão que seria mais vantajoso, para ambas as partes, celebrar acordos, mediante descontos no saldo devedor do mútuo em função de certos fatores.

Não há objeção a tais acordos, desde que baseados em critérios razoáveis, objetivos (isonômicos), públicos e motivados. Hoje a Empresa Gestora de Ativos do SFH – EMGEA, uma empresa pública criada especificamente para esse fim, dispõe de manual e fórmula matemática para a realização de tais transações. É um caso de aplicação instrumental de instituto do direito civil – a transação – com finalidade social e pública.